DISSERTATIO JURIDICA QUA OMNEM ACTIONEM CONFESSORIAM EX SERVITUTE;...

Ferdinand August Hommel,
Johann Daniel Stipper, ...

DISSERTATIONIS
CONSPECTUS.

§. I.

Methodus dicendorum.

§. II.

Divisio remediorum servitutum intuitu competentium.

§. III.

Divisio inter remedia petitoria.

§. IV.

Definitio actionis Confessoriæ & Negatoriæ.

§. V.

Divisio utriusque actionis.

§. VI.

Divisionis hujus alia acceptio.

§. VII.

Transitus ad reliqua.

§. VIII.

Consectarium unum ex definitione & explicatio. §. 2 *J. de Act.*

§. IX.

Alterum consectarium ex definitione.

§. X.

DE

ACTIONE CONFESSORIA EX SERVITUTE, ET NEGATORIA EX LIBERTATE.

§. I.

Vulgaris doctrina, & communi Doctorum calculo comprobata sententia est, intuitu servitutum duplicem dari actionem; Confessoriam ex servitute & Negatoriam ex libertate. Posita hæc sententia extra omnem dubitationis aleam hactenus, usque dum ab aliis fuit ostensum, nec hanc doctrinam omni dubitatione tam esse majorem, quam communiter quidem creditur. Sed forte negatoriam quoque ex servitute & vice versa Confessoriam ex libertate, secundum ipsius Romani juris principia, posse oriri. Horum igitur in jure autoritas quamvis maxima semper apud me fuerit, pericli- *Methodus dicendorum.*

tabor tamen pro præſenti ingenii vires in communi hypotheſi, atque omnem negatoriam ex libertate, omnem vero Confeſſoriam ex ſervitute eſſe demonſtrare annitar, cum probe ſciam eos, qui contrarium ſentiunt Cordatiores eſſe, quam ut modeſte diſſentiri a ſe prorſus non patiantur. Impetrata ergo iſta, ut ſpero, venia rem ipſam aggredior, hac quidem methodo, ut primum vulgarem, prout communiter recepta eſt, de actione Confeſſoria & Negatoria doctrinam cum ſuis rationibus breviter, & quatenus pro inſtituti ratione ſufficere videbitur, exponam. Dein leges & rationes, quæ videri poſſunt contradicentes, ex jure evolvam, & denique, an allegati textus cum doctrina communi, ſecundum probabilitatis regulas, conciliari poſſint, faciam periculum.

II.

Diviſio remediorum ſervitutum intuitu competentium.

A primo ut exordiar, ſervitutum realium intuitu, duplicia remedia competere dicuntur, alia Civilia ex jure civili ejusque argumentis deſcendentia; *a. l.6. §.1. d. V.S.* alia Prætoria a Prætoribus præcipue contra ſtrictum juris Civilis tenorem ex æquitate introducta. Hæc poſſeſſoria ſunt, & ad poſſeſſionem, i. e. exercitium ſervitutis aut libertatis adipiſcendum, retinendum vel recuperandum tendunt. Illa petitoria, & ſervitutem vel libertatem ipſam, non ſolam poſſeſſionem, reſpiciunt. De poſſeſſoriis jam agere propoſiti ratio non permittit, niſi, quos ipſe mihi circumdedi, cancellos egredi velim. Vid. interim ILL. DN. BOEHMER. *in tract. de Act. S. 2. C. 4. §. 18. ſeqq.*

§. III.

III.

Ad petitorias vero ſeu principales quod attinet actiones harum ſervitutum intuitu, duæ in univerſum competere poſſunt. Vel enim ſervitus contra hanc exercentem negatur, quæ actio oritur ex libertate, vel ſervitus contra prohibentem aſſeritur, quæ actio deſcendit ex ſexvitute conſtituta. Illam dicunt negatoriam, quia per eam ſervitus prætenſa negatur: hanc confeſſoriam, quia ſervitus negata & impedita aſſeritur, &, ſi loqui ita fas eſt, confitetur. *Diviſio inter remedia petitoria.*

IV.

Ex dictis patet, quæ ſit realis utriusque actionis definitio. Confeſſoria ſcil. eſt actio realis, competens ei, cui debetur ſervitus, adverſus eam impedientem, ad ſervitutem hanc declarandam, cautionemque de non amplius in ea turbando præſtandam. Conf. *l. 2. pr. & §. 1. l. 6. §. 3. l. 8. §. 3. l. 8. §. 3. 4. l. 10. §. 1. l. 22. ff. ſi. ſerv. vind.* Negatoria e diverſo eſt actio realis, competens ei, qui habet libertatem intuitu ſui prædii adverſus eam impedientem atque turbantem, ad libertatem hanc declarandam, cautionemque de non amplius in ea turbando præſtandam. Conf. *l. 2. pr. l. 4. §. 7. ff. ſi ſerv. vind.* *Definitio actionis Confeſſoria & Negatoria.*

V.

Dividitur utraque in directam, quæ ex ipſis legum verbis datur, ut confeſſoria domino fundi dominantis, *l. 2.* *Diviſio utriusque actionis.*

 §. 1.

§. 1. ff. si serv. vind. & utilem, quæ ob rationem legis citra expressa ejus verba datur; ut Confessoria creditori pignoratitio. *l. 16. ff. de serv.*

§. VI.

Divisionis hujus alia acceptio.

Alio respectu Confessoriæ & Negatoriæ utiles dicuntur, quando ipsæ hæ, quas in §vo 4to tradidi actiones ad alia jura accommodantur, quæ cum servitutibus convenientiam quandam habent; quo respectu utilis Negatoria dicitur, qua defenduntur jura generaliora & communia, utilis vero Confessoria, qua asseruntur jura specialiora & valde particularia. Verum hæc dividendi ratio hujus loci non est, sed latiores vocum acceptiones, quam quas §vo 4. tradidi, præsupponit. Vid interim de utilibus his actionibus fusius differentem SCHWENDENDOERF. *de Action. Forens. Sect. II.*

§. VII.

Transitus ad reliqua.

Singula hæc, quæ in definitione & divisione occurrunt, uberius prosequi nimis foret prolixum. Quibus igitur & unde dentur hæ actiones paucis adhuc expendisse pro instituti ratione sufficiet. Datur vero actio Confessoria ei, cui debetur servitus, & Negatoria ei, cui libertas competit intuitu sui prædii. Vid. §. 4. Hanc igitur, prouti tradita est, utriusque actionis esse naturam, nec dividendi hoc principium e cerebro JCtorum ortum traxisse probat *l. 2. pr. ff. si serv. Vind.* Ubi expresse ULPIANUS *Confessoria*, inquit, *competit ei, qui servitutem sibi*

com-

competere contendit, Negatoria Domino, qui negat. Ut adeo genuina ratio diversitatis inter utramque hæc sit, quod Confessoria detur domino prædii dominantis, Negatoria vero ei, qui in prædio suo servitutem prætensam negat, sed hujus intuitu prædium liberum esse contendit.

§. VIII.

Consectarium unum ex definitione, & explicatio §. 2. J. de Act.

Consequitur ex his, quod hæ, quæ servitutum intuitu competunt, actiones, dentur quoque possidenti prædium, de cujus libertate quæritur, si nimirum negatoriæ sint, quodque per hæc differant ab aliis in rem actionibus, quatenus possidenti competere non possunt, quia in his possidentem tertio jus suum negasse nihil proficit. Sic Reivindicatione agere rem possidenti non expedit, quippe qui rem habet, ut eandem a tertio actione petat, non habet opus. Similiter cum actio hypothecaria tendat ad rei hypothecariæ possessionem adipiscendam, non expediet hac experiri ei, qui hypothecam jam possidet; quod quis enim jam habet, id a tertio actione postulare non solet. In servitutibus e contra non solum non possidenti prædium, de cujus servitute quæritur, datur actio Confessoria ad servitutem in prædio competentem petendam. Sed etiam possidenti prædium prodita est de servitute actio, sc. negatoria, ad prætensam in fundo libero servitutem tertio negandam. Hocque ipsum innuit Imperator dum *§. 2. J. de Act.* ait: Actiones negativas in controversiis rerum corporalium, quæ ex mente Cæsaris hic apponuntur servitutibus, tanquam rebus incorporalibus non esse proditas,

ditas, cum in his is agat, qui non possidet, ei vero, qui possidet, non esse actionem proditam, per quam neget rem actoris esse. Quæ tamen sententia non ita est capienda, quasi actio negativa in servitutibus non detur, nisi possidenti libertatem: hæc enim si mens est Justiniani, consentirem omnino WISSENBACHIO. *Disput. ad tit. Instit. de Act. thes. 14.* Imperatorem propterea redarguenti cum etiam postquam ædificatum sit, aut tigna sint immissa adhuc competat actio vicino jus non esse altius tollendi, vel tignum imittendi per *l. 6. §. I. l. 8. §. 3. si serv. Vind.* At enim vero probabile potius est Imperatori hic non esse sermonem de possesione juris, nec enim proprie jura possideri, sed exerceri dicuntur; verum de possessione prædii de cujus servitute quæritur. Hoc enim respectu recte ait actionem negativam semper competere possidenti. Atque hic est unus ille casus, de quo loquitur *cit. §. 2. in fin. J. de Act.* textus qui mirum in modum crucem figit interpretibus, licet explicatio ejus tam difficilis, ut plerisque videtur, non sit. Ipsa paragraphi verba perspicuitatis ergo huc appono. *Quod genus actionis* (actionis puta negativæ (*in controversiis rerum corporalium proditum non est: Nam in his is agit, qui non possidet: ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit.* Qui unum hunc casum in actionibus rerum corporalium quærunt, atque de his verba *sane uno casu* intelligunt, in

eo

eo investigando mirum in modum se torquent. Sunt qui verba emendant, vel potius mutant, alii ita, ut *sane uno casu* legendum putent, *sane non uno casu.* Alii ita, ut legant: *sane hoc casu*, alii aliter. Sunt, qui retenta scriptura diverso modo hunc casum in controversiis rerum corporalium quærunt. In specie nonnemo casum hunc unum in *l. pen. & ult. de publ. in rem act.* invenisse se putat, hocque invento suo, frustra hactenus ab interpretibus quæsito, mirifice sibi placet, cui proprias meditationes non invidemus. Sunt denique, qui horum omnium cogitationem refellunt, dum casum hunc nodum Gordium reputant, atque rem prorsus inexplicabilem. Vid. WISSENBACH. *Disput. 44. ad Inst. th. 16.* A. MATTHÆUS *ad hunc §. 2.* At enim vero quemadmodum sententia prior satis confutatur per ea, quæ habet HUBERTUS GIPHANIUS *in Comment. ad Just.* ad hunc locum, qui complura exemplaria, antiqua MScripta se vidisse testatur, in quibus omnibus constantet exaratum: *sane uno casu*; ita posteriores, sufficienter everterunt TITIUS *Observ. ad Lauterbach. Obs. 257.* HUBER. *in prælect. ad Inst. Tit. de Act. §. 6.* GOVEAN. *C. Variar. lect. 41.* aliique. Probabilius ergo est, casum hunc unum non alibi, quam in ipso hoc paragrapho 2. J. de Act. esse quærendum, & ipsa hæc verba non de actionibus rerum corporalium, sed in genere de actionibus realibus esse interpretanda, ut adeo casus hic unus sit actio negatoria, quæ servitutum intuitu competit, de his enim, ut ostendi modo, verum est, earum alias etiam possessori competere scil. negatorias, ut adeo verba

 para-

paragraphi noſtri controverſa ex præmisſis ita interpreter: *Quod genus actionis in controverſiis rerum corporalium*, ſcil. quibus de dominio ſimilive jure in re agitur, quæque ſervitutibus, tanquam rebus incorporalibus apponuntur, *proditum non eſt. Nam in his is agit, qui non poſſidet. Ei vero, qui poſſidet, actio non eſt prodita*, quia rem jam posſidet, & adeo reivindicatione actione hypothecaria &c. ejus poſſesſionem petere non poteſt, *per quam neget rem actoris*, i. e. ejus, qui actu quidem actor non eſt, ob jactantiam tamen & turbationem extrajudicialem talis futurus forte præſumitur *eſſe*, *ſane uno caſu.* . Puta hoc ipſo, de quo ante modo dixerat Imperator, ſcil. ubi de ſervitutibus quæritur, quarum intuitu proditæ quoque ſunt actiones negativæ, quibus poſſeſſor prædii, de cujus ſervitute quæritur, agit, alteri jus non eſſe ædes ſuas altius tollendi, eundi, aquam ducendi &c. *qui posſidet nihilominus is actoris partes obtinet; ſicut in latioribus digeſtorum libris*, nimirum in *tit. 5. & præc. Lib. 8. ſi ſerv. Vind. vel ad al. pert. neg.* alibique paſſim *opportunius apparebit.*

IX.

Alterum conſectarium ex definitione.

Ex dictis §. 4. porro evincitur, quod, cum Confeſſoria detur poſſeſſori prædii dominantis, cui a vicino ſervitus debetur; negatoria vero poſſeſſori prædii liberi: non omnem, quæ de ſervitutibus competit, actionem ex ſervitute eſſe; ſed tantum Confeſſoriam, negatoriam e contra ex ſervitute nunquam oriri; ſed ſemper ex libertate. Quemadmodum enim iſta tendit ad ſervitutem aſſerendam,

dam, ita hæc ad eandem negandam. Atque hoc ipſum eſt, quod alios oſtendit, qui propterea dicam ſcripſerunt communi interpretum de actione Confeſſoria & negatoria ſententiæ ex ſervitute quoque negatoriam & ex libertate confeſſoriam eſſe contendentes. Hinc, cum hoc ipſum præcipuum ſit diſſertationis noſtræ argumentum, mitto reliqua, quæ de utraque actione fuſius tradi poſſent, atque ad rem ipſam me accingo.

X.

Primum argumentum contra ſententiam communem ex l. 1. pr. ff. ſi ſerv. Vind.

Scilicet accedo jam ad ſecundum diſputationis momentum, ubi leges, quæ commune Doctorum aſſertum evertere videntur, cum argumentis inde deducendis, breviter recenſere animus eſt. Primum vero ſcrupulum movet *l. 2. pr. ff. ſi ſerv. Vind.* Cujus verba hæc ſunt. *De ſervitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quæ ad uſumfructum pertinent, tam confeſſoria, quam negatoria.* Utramque igitur actionem ex ſervitute eſſe aſſerere videtur Ulpianus, non ſolum confeſſoriam, ſed utramque, tam Confeſſoriam, quam negatoriam, contra communem interpretum doctrinam, qua negatoriam ſemper eſſe ex libertate fere omnes contendunt, cum tamen hanc quoque ad actiones ex ſervitute deſcendentes expreſſe hic referre JCtus exiſtimetur.

XI.

Secundum argumentum ex §. 2. J. de Act.

Secundus textus est §. 2. *J. de Act. Vt si quis intendat, jus non esse adversario utendi, fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi: Item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, imittendive: Istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ.* Commemorat hic §. actiones negatorias, iisq; accenset etiam actionem de altius non tollendo, ubi quis agit jus alteri non esse altius tollendi. Cum vero licere altius tollere non sit libertatis naturalis seu communis; sed potius ex servitute in vicini fundo de altius non tollendo competente, quemadmodum ad servitutes expresse refertur in *l. 2. ff. de Serv. Vrb. Præd. j. l. 2. ff. d. S. P. R.* Hinc in aprico esse videtur falsum esse vulgare dogma, & dari ex servitute quoque actionem negatoriam, prout expressum exemplum in paragrapho nostro 2. d. action. hujus esse creditur documentum.

XII.

Tertium argumentum ex l. 4. §. fin. ff. si serv. Vind.

Tertium argumentum suppeditat *l. 4. §. fin. ff. si serv. Vind. Si cui omnino altius tollere non liceat, adversus eum recte agetur, jus ei non esse tollere. Hæc servitus & ei, qui ulteriores ædes habet, deberi poterit.* Loquitur hoc in textu JCtus de Servitute negativa altius sc. non tollendi, quod ipsum satis prodit asserendo hanc servitutem & ei deberi posse, qui ulteriores

ædes

ædes habet. Adverſus eum vero, qui contra hanc ſervitutem ædificat, agi poſſe ait formula negativa *jus ei non eſſe tollere.* Maxime autem accommoda hæc eſt formula actioni negatoriæ, immo eidem præſcribi putatur in §. *2. J. d. Act.* Ubi diverſas eſſe actionis Confeſſoriæ & negatoriæ formulas docetur. Illius affirmativam: *Ajo, jus mihi eſſe*, hujus negativam *Ajo, jus tibi non eſſe.* Cum vero ubique ſollicite & ſolenniter diſtingverent Romani actionum formulas, & ab his actiones quoque ipſas, hinc, nec in noſtra *l. 4.* Confeſſoriæ & Negatoriæ formulas confudiſſe exiſtimandi ſunt, potius cum in §. *cit. 2. J. d. act.* certam & ſolennem utrique actioni formulam præſcripſerit d. §. manifeſto id eſſe exiſtimant indicio quod, ubicunque formula negativa deprehendatur, ibidem de ipſa quoque negatoria actione eſſe ſermonem, quemadmodum & vice verſa de Confeſſoria, ubi formula reperiatur affirmativa. Hinc ajunt in aprico eſſe ex ſententia *l. 4. §. fin. ff. ſi ſerv. Vind.* actionem de altius non tollendo, quamvis ex ſervitute ſit, referri tamen ad actiones negatorias, id quod doctrina communis haud admittet.

XIII.

Locus quartus eſt *l. 17. §. 1. ff. eod.* in quo exemplum proponitur ſervitutis negativæ ſ. in non faciendo conſiſtentis, eoque caſu conſilium omnes Juriſperiti dediſſe dicuntur, agendum aſſe formula negativa *Quartum argumentum ex l. 17. §. 1. ff. eod.*

 actio-

actionibus negatoriis alias propria. Verba ipsa §. sunt hæc: *Cum in domo Caji Seji locus quidam ædibus Annii ita serviret, ut in eo loco positum habere jus Sejo non esset; & Sejus in eo Sylvam sevisset, in qua labra & tenes cucumellas positas haberet: Annio consilium omnes jurisperiti dederunt, ut cum eo ageret, jus ei non esse, in eo loco, ea posita habere, invito se.* Suppeditare hunc textum novum exemplum actionis negatoriæ, quæ ex servitute est, existimant. Scil. fundamentum actionis erat servitus Annio in ædibus Caji Seji constituta, ut in certo loco positum habere jus Sejo non esset. Formula, qua omnes jurisperiti agendum esse consilium dederunt, est negativa, *jus ei non esse* quam solis negatoriis propriam & solennem esse contendunt, per §. *2. J. de Act.* Conf. tradita §. antec. Ex quibus denuo novum ducitur argumentum, falsam esse doctrinam communem, qua omnem negatoriam non aliunde, quam ex libertate, esse vulgo statuunt.

XIV.

Quintum argumentum ex §. 2. J. de Act.

Hactenus quæ dicta fuere actionem negatoriam respiciunt, quatenus ea ex servitute esse videri possit. Ad confessoriam quod attinet, idem de ea judicium ferendum, nec constanter ex servitute, sed vice versa, ex libertate quandoque descendere posse eandem putes, duabus, potissimum ex rationibus; quarum una habetur in sæpius memorato §. *2. J. de Act.* verbis: *Ejusdem generis est actio de jure prædiorum*

diorum urbanorum. Veluti si quis agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Exhibet nimirum hic Imperator species actionis confessoriæ, id quod non solum docent singula exempla, præprimis antecedentia, quibus postmodum hæc subjungit, eaque *ejusdem generis* cum præcedentibus esse ait, sed etiam verba §. finalia, ubi memoratis his actionibus opponit alias, quas negativas i. e. negatorias appellat. Dicit enim: *Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque proditæ sunt actiones &c.* & postea: *Hæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ.* Manifesto ut credunt indicio in nostris §. verbis exempla actionis Confessoriæ, quæ negativis actionibus in jure opponitur, Imperatorem sistere voluisse. His autem exemplis actionis Confessoriæ annumerat quoque Justinianus actionem de altius tollendo, agique hac ratione ait, *jus sibi esse altius ædes suas tollendi.* Jam vero hæc actio ex libertate est, non ex servitute, quia naturaliter cuilibet liberrime ædificare licet. *l. 8. & 9. C. de servit.* Et jus de altius non tollendo expresse a Justiniano ad servitutes refertur *in §. 1. J. de serv.* Ex quibus demum consequi intelligitur, id quod erat probandum, dari scil. etiam ex libertate actionem Confessoriam, quod tamen vulgaris doctrina, qua omnis Confessoria ex servitute esse contenditur neutiquam admittit.

XV.

XV.

Sextum argumentum ex l. 4. §. 4. ff. si serv. vind.

Alteram rationem ſuppeditat VLPIANUS in *l. 4. §. 7. ff. ſi ſerv. Vind.* Ubi ita: *Competit autem de ſervitutibus actio domino ædificii neganti ſervitutem ſe vicino debere, cujus ædes non in totum liberæ ſunt, ſed ei, cum quo agitur, ſervitutem non debent. Verbi gratia: Habeo ædes, quibus ſunt vicinæ Sejanæ & Sempronianæ, Sempronianis ſervitutem debeo: Adverſus dominum Sejanarum volo experiri altius me tollere prohibentem, in rem actione experiar. Licet enim ſerviant ædes meæ, ei tamen, cum quo agitur, non ſerviunt. Hoc igitur intendo, habere me jus altius tollendi, invito eo, cum quo ago. Quantum enim ad eum pertinet, liberas ædes habeo.* Siſtit hoc loco JCtus caſum, quo dominus ædium, intuitu Seji liberarum, adverſus hunc agit ex libertate ſua naturali, ſervitutemque prætenſam de altius non tollendo ipſi negat. Qua formula? *Habere ſe jus altius tollendi.* Actio ipſa eſt ex libertate contra ſervitutem prætenſam formula actioni negatoriæ propria per §. 2. *J. de Act.* Vbi actionibus negatoriis, quibus intendo, *jus non eſſe adverſario*, opponuntur aliæ, quæ haud dubie Confeſſoriæ ſunt vi oppoſitionis, harumque formula ſolennis eſſe dicitur: *Jus ſibi eſſe.* Cum autem formulas haſce ſollicite diſtinguerent, nec eas temere confunderent Romani, vid. ſupr. §. 12. ſatis ex formula hac conſtare exiſtimes *l. noſtra 4. §. 7.* Ulpianum exhibere intendiſſe

disse exemplum actionis Confessoriæ, quæ tamen, cum ex libertate naturali sit, vacillare doctrinam communem inde inferunt.

XVI.

Summa igitur horum omnium demum eo redit, ut ex memoratis textibus constare existimetur, vitiosam esse communem in actionem Confessoriam & negatoriam divisionem, quatenus hoc inter utramque statuatur dividendi fundamentum, quod Confessoria sit ex servitute, negatoria vero ex libertate. Potius vero diversitatis rationem a formula & ratione petendi esse desumendam, ita scilicet, ut ubicunque jus aliquod mihi asseram, sive ex libertate illud sit, sive ex servitute, actio sit Confessoria, ubi vero jus aliquod alteri negem, undecunque demum illud sit, actio dicatur negatoria. Prius autem non solum contingere in servitute asserenda; sed etiam in eadem, si negativa sit, neganda, cum & hic agi possit *Jus mihi esse ædes v.c. altius tollere.* Similiter posterius quoque evenire non tantum in servitute prætensa neganda, sed pariter in servitute negativa asserenda: Hac forte formula: *Ajo jus tibi non esse ædes tuas altius tollere.* Atque hinc, rite subducto calculo, patere, quod, actionem Confessoriam tantum esse ex servitute & negatoriam ex libertate præceptis Juris Romani non sit consentaneum. *Conclusio ex argumentis præmissis.*

XVII.

Responsio ad argumentum §. 10.

Consideravimus argumenta legum, quæ summos viros moverunt, ut recederent a vulgari de actione Confessoria & Negatoria hypothesi; Restat, ut hasce leges cum doctrina communi conciliare tentem, id quod tertium erat dissertationis hujus momentum. *A. l. 2. pr. ff. si serv. vind.* cujus §. 10. facta est mentio, liceat capere initium. Pondus hujus textus in verbis initialibus quæritur, quod utraque actio, tam Confessoria quam negatoria, de servitutibus competere, hoc est, ex servitute esse dicatur. At enim vero aliud est de servitutibus competere, aliud ex servitute esse. Competit quidem utraque actio de servitutitibus i. e. intuitu atque occasione servitutum, non vero est ex servitute. Nil ergo aliud ex hoc textu evincitur, quam, quod fatentur omnes, respectu scil. habito ad servitutes duplicem dari nobis actionem, aliam ad servitutem asserendam, quæ Confessoria audit, aliam iterum ad servitutem alteri in fundo nostro negandam, quæ negatoria appellatur, & in libertate contra servitutem fundata est. Ulpiano autem phrasin *de servitutibus competere* non idem denotare ac: *ex servitute esse*, docet *l. 4. §. 7. ff. eod.* Vbi actio, quæ datur domino ædicificii neganti servitutem se vicino debere, itidem de servitute competere dicitur, cum tamen ex servitute non sit; datur enim domino neganti servitutem se vicino debere per expressa textus verba.

Hac

Hac ergo interpretatione admissa ex lege ista *2. pr. ff. si serv. vind.* nihil evinci poterit, quod doctrinam de actione negatoria receptam ullatenus queat evertere.

XVIII.

Pergo ad §. 2. *J. de Act.* ex quo *partim* §. 11. respectu actionis negatoriæ, *partim* §. 14. actionis Confessoriæ intuitu motum est dubium. Videtur dicto loco Tribonianus non solum actionem, qua intendimus jus vicino non esse altius tollere, referre ad negatorias; sed vice versa actionem quoque contrariam, qua jus nobis esse altius tollere asserimus, ad Confessorias, cum tamen illa videatur ex servitute, hæc ex libertate competere. At enim vero, ut jam non dicam de præsupposito, quasi illa ad negatorias, hæc ad Confessorias referatur, de quo §. sequenti; certe illa ex libertate, hæc ex servitute, ut quidem videri posset, revera non est. Quamvis enim regulariter jus altius tollendi sit libertatis naturalis, patitur tamen & hæc regula suas interdum exceptiones. *In lege* enim 7. §. *1. ff. Commun. Præd.* Paulus *interpositis quoque alienis ædibus*, inquit, *imponi potest (servitus) veluti ut altius tollere, vel non tollere liceat &c.* Sicque ad servitutes jus altius tollendi quoque refert. Pariterque in *l. 1. pr. ff. de serv. præd. urban.* servitutis in altius tollendo consistentis expresse meminit, dum ait: *Si intercedat solum publicum, vel via publica, neque itineris, actusve,* ***neque altius tollendi servitutes*** *impedit.* Vnde *Responsio ad §. 11. & 14.*

de

de adducor, ut credam, respicere hos textus consuetudinem vel legem quandam prohibitivam, ne liceat invito vicino ultra certam mensuram ædes suas tollere, ejusque luminibus vel prospectui officere. Etenim vi hujus servitutis vicinum fuisse obligatum ad altius tollendas ædes suas in nostri prædii utilitatem, non est probabile, cum ea in faciendo constitisset, quod genus servitutum jus Romanum difficulter patitur, ob *l. 15. §. 1. ff. de serv.* Ejusmodi igitur legem, ædes ultra definitam mensuram tollere prohibentem, aliquando apud Romanos exstitisse, colligitur ex *l. 1. C. de ædif. priv.* qua expresse certi & usitati modi altitudinis fit mentio, ultra quam ædes tolli prohibentur. Quo etiam facere videtur *l. 11. pr. ff. de serv. præd. urban.* in qua statum & formam antiquorum ædificiorum custodire jubet Ulpianus. Et in *l. 1. §. 17. ff. de oper. nov. nunc.* contra eum nunciari novum opus posse dicitur, qui contra leges edictave Principum, *quæ ad modum ædificiorum facta sunt*, ædificat. Neronem quoque altitudinem ædium cohibuisse, & certam mensuram solito minorem præcepisse testis est TACITUS *in Annal. L. 15. C. 43.* Contra hanc ergo legem generalem ædes invito vicino ultra certum modum tollere prohibentem, impetrari poterat servitus, vi cujus vicinus, ut ædes quis ultra mensuram præscriptam in ejus præjudicium tolleret, etiam invitus pati tenebatur. Quæ cum ita sint actionem de altius tollendo esse libertatis communis, & vice

versa

versa de non tollendo servitutis, universale non est. Potius ex præmissis patet, utramque actionem non minus ex libertate, quam ex servitute posse oriri. Ut adeo in §. *nostro* 2. *J. de Act.* nil novi videatur introductum, si vel maxime illa ad negatorias hæc ad confessorias ibidem fuisset relata, neque ex hoc textu dari Confessoriam ex libertate, & negatoriam ex servitute contra communia principia probari poterit.

XIX.

Devenio jam ad *L.* 4. §. *fin. ff. si serv. Vind.* supra §. 12. exhibitam, atque cum hac conjungo *l.* 17. §. 1. & 13. *eod.* Cujus §. 13. facta est mentio. In priori itidem actio de altius non tollendo, in posteriori actio ne vicinus in certo loco aliquid positum haberet ad negatorias referri videtur ob formulam alias negatoriæ actioni propriam per §. 2. *J. de Act.* cum tamen hæc utraque actio sit ex servitute. Nec quod in §. præced. & hic objici potest, esse has actiones potius ex libertate communi, præsupposita lege quadam generali, ultra certam mensuram v. c. ædes tollere prohibentem. *Legem* enim 4. §. *fin.* de servitute expresse loqui testantur verba finalia: *Hæc servitus & ei, qui ulteriores ædes habet deberi poterit.* Similiter in *l.* 17. §. 1. de servitutibus sermonem esse, satis liquet ex verbo: *Serviret*, quo sat clare innuit JCtus de actione ex servitute orta se hic esse locutum.

Responsio ad dubium §. 12.

Huic ergo dubio ut ſatisfiat, equidem utramque actionem, de qua & in *l. 4. §. fin.* & *in l. 17. §. 1.* fit mentio, ex ſervitute eſſe dubitari non poteſt. Quod autem iſtæ actiones in citatis textibus ad negatoriam referantur, ex *§. 2. J. de act.* non probatur. Equidem Romanos actionibus ſuis certas & diſtinctas præſcripſiſſe formulas, & ab iis ipſas quoque actiones ſollicite diſtinxiſſe, in totum negari non poteſt. Interim tamen perpetuum hoc non fuit; ſed quemadmodum formulæ iſtæ propterea præſcribebantur, ut lites difficultatibus implicatæ minuerentur. *a. l. 2. §. 6. ff. d. Orig. Jur. j. l. 1. C. d. formul. & impetrat. act. ſublat.* ita poſt tempus divulgatorum faſtorum, & poſtquam hæ formulæ a Cn. Flavio ac deinceps S. Ælio populo communicabantur, tantam, ut antea, formularum curam Romani non habuerunt, certe Juſtiniani tempore formulas iſtas regulariter ceſſaſſe certum eſt. *l. 2. C. d. formul. & impetrat. act. ſublat.* Earum enim uſus ſe exerebat, quoties ordinario modo coram judice pedaneo agebatur, *a. l. 5. ff. de re jud. l. 5. C. d. pedan. jud.* quoties vero extra ordinem Prætor ipſe &c. cognoſcebat, uſus formularum omnis ceſſabat, ut teſtatur PAULUS in *l. 47. §. 1. ff. de Negot. geſt. Nec refert directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis,* ***ubi conceptio formularum non obſervatur***, *hæc ſubtilitas ſupervacua eſt.* Jam vero tempore Juſtiniani omnia judi-

cia

cia erant extraordinaria, quia tunc sine pedanco judice, Magistratus ipsi cognoscebant, per §. *fin. J. de Interd.* Ubi ipse JUSTINIANUS *de ordine*, inquit, *& vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur,* **qualia sunt hodie omnia judicia**, *non est necesse reddi interdictum; sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. j. l. f. C. d. interdict.* Ex quibus jam infero, tempore Justiniani solennium formularum usum penitus cessasse, *l. 2. l. 5. C. d. pedan. judic.* sicque Justinianum in §. *nostro 2. J. de Act.* certum atque solennem, a qua recedi non potuisset, formulam actionibus istis praescribere voluisse, haud esse existimandum. Sed haec obiter, & quasi per transennam. Posito, voluisse Justinianum in §. 2. *J. d. Act.* certas atque solennes actionum quarundam formulas praescribere, vel recensere, ipsae tamen hae formulae actionis Confessoriae & negatoriae haud erunt. Etenim ne verbo quidem actionum harum facit mentionem, sed potius ex antecedentibus atque consequentibus aliam longe Caesari fuisse intentionem, quam ut de sola actione Confessoria & negatoria ageret, inspicienti facile patebit. Videamus ipsa Justiniani verba, quae in §. *cit. 2. J. de Act.* ita leguntur: *Æque si agat quis,* **jus sibi esse fundo** *forte, vel aedibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de*

jure

jure prædiorum urbanorum. Veluti si quis agat, jus sibi esse altius ædes suas tollendi prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones. Ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi, fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi: item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive. Istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ &c. Quid hic Imperator? Non agit solum de actionibus, intuitu servitutum competentibus, Confessoria scil. & negatoria, sed de actionibus realibus, s. quæ in rem competunt. Postquam enim in §. *præced. 1.* summam actionum omnium divisionem in personales & reales præmisisset, in hoc §. *2.* posteriorem persequitur speciem actiones scil. in rem s. reales, easque in affirmativas & negativas dividit, illas dicendo quibus jus quodcunque reale mihi assero, has quibus jus aliquod reale mihi molestum alteri nego, in relatione igitur servitutum, quæ tendunt ad hoc ut serviens prædium aliquid pati vel non facere teneatur, conjunguntur in applicatione servitutes affirmativæ & negativæ. *d. §. 2. j. l. 15. §. 1. ff. d. servitut.* Quod autem exempla omnia a servitutibus desumta deprehendamus, id forte accidit fortuna. Poterat eodem jure Imperator exempla ab hæreditate vel Dominio petere, eodem manente sensu immo petiit quo-

que

que exemplum a dominio *in fine §. praec. I.* Verb. *Nam si Titius rem suam esse intendat, in rem actio est.* Et cum his verbis conjungit immediate §. 2. *Æque si agat quis, jus sibi esse fundo forte vel aedibus utendi, fruendi &c.* Quod facere, memoratumque §. 1. exemplum cum sequentibus §. nostri 2. conjungere ita voluit, ut confessoriam & negatoriam actionem tanquam realem locum habere ratione servitutum affirmativarum & negatoriarum indicaret. Praeterea hic in genere etiam de actionibus realibus non solum de iis, quae servitutum intuitu competunt, esse sermonem, vel exin certum est, quod in verbis subsequentibus tanquam singulare quid de negativis referatur, hoc genus actionum in controversiis rerum corporalium, h. e. ubi de dominio similive jure reali quaeritur, proditum non esse. Nam nec Confessoria in controversiis rerum corporalium prodita est actio; sed divisio in actiones Confessorias & Negatorias solis servitutibus propria est. Ex his ergo singulis satis, ut puto, evincitur in §. 2. *J. d. Act.* non agi tantum de actione Confessoria & negatoria & harum dividendi fundamento, neque ex hoc textu argumentum ad destruendam communem de actionibus hisce Doctrinam posse desumi. Veram potius utriusque actionis naturam nobis exhibet ULPIANUS *in l. 2. pr. ff. si serv. vind.* dum ait: *De servitutibus in rem actiones competunt nobis tam Confessoria, quam negatoria. Confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria, domino, qui negat.* Juxta haec ergo nec actio, qua vicinum, ne in certo loco aliquid positum habeat,

prohibemus. Conf. *l. 17. §. 1. si serv. vind.* aut qua intendimus jus alteri non esse altius tollendi, quatenus est ex servitute Vid. *l. 4. §. fin. ff. eod.* ad negatorias: nec actio, qua jus altius tollendi nobis asserimus, quatenus est ex libertate ad confessorias poterit referri. Non enim inter Ulpianum hic atque Justinianum in §. *cit. 2.* antinomia præter necessitatem est statuenda, sed dicendum quod res est, Imperatorem in §. *2. J. de Act.* divisionem actionum confessoriarum & negatoriarum applicasse affirmativis & negativis servitutibus easque a rei vindicatione & actionibus præcipue intuitu rerum corporalium competentibus discrevisse.

XX.

Responsio ad dubium §. 15. Restat dubium, quod supra §. *14. ex l. 4. §. 7. ff. si serv. vind.* retuli: Cui tamen, cum pariter in §. 2. *J. de Act.* fundetur, præter ea, quæ jam §. præc. occasione *L. 4. §. fin. & l. 17. §. 1. ff. si serv. vind.* dicta fuere, hic vix quicquam addo. Quodsi enim, prout §. 19. probatum, solennis actionis Confessoriæ & negatoriæ formula in §. *2. J. de Act.* non traditur, salva res est. At illud peculiariter *in l. 4. §. 7. ff. si serv. vind.* explicatur, quod qui prædium possidet uni prædio ex vicinis serviens, alterius intuitu autem a servitute liberum, ratione hujus negatoria actione uti propter ea non impediatur. Interim omnis hujus controversiæ arbitrium judicio Candidi Lectoris esto relictum, cujus me affectui commendatissimum esse cupio.

(o)